

SEÇÃO CRIMINAL

A legitimidade do Ministério Público no processo penal^(*)

Valter Foletto Santin

Promotor de Justiça- SP

A) Introdução

O Ministério Público é o ente estatal constitucionalmente encarregado de movimentar a ação penal pública e da defesa dos interesses individuais indisponíveis, difusos, coletivos e sociais (arts. 127 e 129 da Constituição Federal de 1988).

Ultimamente têm surgido no Brasil normas processuais penais que conferem a outras entidades e servidores públicos legitimidade para atuar em área de atuação típica do Ministério Público. Na contramão da história, o próprio juiz pessoalmente passou a realizar investigações (art. 3º, da Lei nº 9.034, de 3.5.1995).

Necessária a retomada do caminho correto e definição de legitimidade exclusiva ao Ministério Público para atos e ações ligados ao exercício da ação penal pública, vista amplamente, em face da concomitante incumbência de defesa dos interesses individuais indisponíveis, difusos, coletivos e socialmente relevantes, considerando a atuação na prevenção de crimes, fixação de política criminal e de segurança pública, de repressão e combate à criminalidade e de execução e cumprimento da pena, passando pela preservação dos direitos humanos.

B) Exposição e justificativa

A legitimidade do Ministério Público no processo penal é matéria vasta, mas ainda pouco explorada na doutrina, fruto de uma certa acomodação com o papel atual desempenhado pelo Ministério Público na ação penal pública, vista sob o enfoque processual e da sua fase judicial.

O estudo da ação penal é apenas o ponto de partida. Não se pretende esgotar a matéria e suas várias implicações neste trabalho, apenas expor

^(*) Tese apresentada no XXV Seminário Jurídico dos Grupos de Estudos da Associação Paulista do Ministério Público de São Paulo, em Bauru, em agosto de 1997, com pequenas correções.

algumas vertentes da legitimidade e estimular o estudo dos doutrinadores, principalmente de membros do Ministério Público, tendo em vista que a meditação e o aprofundamento dos estudos vão proporcionando um alargamento do tema, indo muito além da postura tradicional do Ministério Público, no campo penal.

A instituição avançou muito na esfera civil e processual civil, principalmente na área da ação civil pública, mas não se notam grandes progressos no campo processual penal e até mesmo alguns retrocessos,⁽¹⁾ inexplicáveis para quem tem a ação penal como sua origem e sua principal e privativa atividade pública, no exercício de parcela do poder estatal.

O alargamento da visão de legitimidade e legitimação do Ministério Público no processo penal implica numa maior ocupação de espaço, atualmente preenchido por outras instituições, principalmente o Judiciário e a polícia.

A ocupação dessa área pode esbarrar em posições corporativistas de outras instituições, talvez preocupadas na manutenção do *status quo* – estado atual que se mostrou ineficiente e inadequado – e de impedir o necessário avanço do Ministério Público, legítimo e puro representante da sociedade no combate à criminalidade e na repressão processual dos crimes.

A sociedade espera e exige muito mais do Ministério Público! Abomina atividade meramente formal e burocrática. Exige resultados e avanços. Nenhuma outra instituição pode pretender impedir o dinamismo do Ministério Público nem o completo exercício do seu domínio na área penal, com fronteiras bem amplas.

O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, Constituição Federal; art. 1º do Estatuto do Ministério Público da União; Lei Complementar Federal nº 75, de 20.5.1993 e art. 1º da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público; Lei Federal nº 8.625, de 12.5.1993).

Segundo a norma constitucional, o Ministério Público é o órgão estatal encarregado de exercer a ação penal pública (art. 129, I, CF). A sua

(1) O Ministério Público brasileiro podia avocar, excepcional e fundamentadamente, inquérito policial em andamento, onde não houvesse delegado de carreira, por ato do Procurador-Geral de Justiça (art. 7º, VII, da Lei Complementar Federal nº 40/81, não mais em vigor). Os novos Estatutos do Ministério Público da União (Lei Complementar Federal nº 75/93) e dos Estados (Lei Federal nº 8.625/93) não mais disciplinam o assunto. Em verdade, a avocação de inquéritos policiais deveria ser mais disseminada e não eliminada. Não se trata de “delogalização” (tornar delegado de polícia) do promotor de justiça, apenas mais instrumentos jurídicos à sua disposição para melhor enfrentamento da criminalidade, consistente na mais rápida e eficiente obtenção de elementos para a formação do seu convencimento e início da ação penal.

legitimidade desaparece apenas no caso da ação penal privada subsidiária,⁽²⁾ esta em caso de inércia da promotoria (art. 5º, LIX, CF).

O Ministério Público possui legitimidade⁽³⁾ política e processual, para a ação penal pública. É o ente estatal legítimo, autêntico e lícito para tal mister, reconhecido e habilitado constitucionalmente (art. 129, I, CF) e também pelas normas estatutárias (art. 6º, V, Lei Comp. Fed. nº 75 e art. 25, III, Lei Fed. nº 8.625).

A legitimidade política decorre do preceito constitucional, oriundo da vontade popular expressa pelos constituintes de conferir privatividade da ação penal ao Ministério Público.

A legitimidade processual diz respeito à capacidade de estar em Juízo, em nome do Estado, titular do direito material e de ação. O Estado conferiu ao Ministério Público o encargo do exercício das pretensões punitiva e executória estatais.

Qual a dimensão da incumbência constitucional de promover privativamente a ação penal pública?

Inegavelmente, o oferecimento de denúncia criminal, a participação na instrução judicial, a produção de provas, as alegações e apresentação de recursos e suas respostas são privativas do Ministério Público. Nenhuma outra instituição estatal pode assumir quaisquer dessas atividades.

É bom destacar que ação penal pública deve ser vista de modo amplo e abarcar todos os assuntos ligados ao crime, começando pela prevenção, política de segurança pública, conhecimento imediato da ocorrência, participação e interferência no trabalho de investigação criminal, movimentação exclusiva da máquina judiciária, atuação na instrução judicial e na efetiva realização da prestação jurisdicional, terminando pela execução da pena e preservação dos direitos humanos nas diversas fases da influência do crime na sociedade e dos seus reflexos nos envolvidos.

(2) Ação penal privada subsidiária é utilizada pela vítima nos crimes de ação pública, em que o Ministério Público não exerce no prazo legal o direito de ação. Por outro lado, ação privada comum é usada nos crimes de ação privada, de exclusivo interesse da vítima e por ela intentada, através de queixa.

(3) Legitimidade é a qualidade ou estado de legítimo; legalidade. Legítimar é: 1. Tornar legítimo para todos os efeitos da lei; legalizar. 2. Tornar legítimo (4); autenticar. 3. Reconhecer como legítimo ou autêntico (quaisquer poderes, títulos, ou posse de algo). 4. Habilitar para o exercício de certos atos ou o gozo de certos direitos, uma vez preenchidos os requisitos legais. Sin. ger.: licitar. Legítimo: 1. Conforme a lei; legal. 2. Fundado no direito, na razão ou na justiça. 3. Que tem origem na lei, ou está protegido por ela. 4. Autêntico, genuíno, lícito. 5. Lógico, procedente, concludente. [Cf. legítimo, do v. legítimar.] (“Dicionário Aurélio Eletrônico”).

O trabalho do Ministério Público na fase judicial é essencial e principal na repressão criminal. É o braço estatal juridicamente armado para o combate da criminalidade e acionamento da máquina judiciária, para aplicação de sanções aos infratores das leis penais, em consonância com os princípios constitucionais do devido processo legal, ampla defesa e contraditório.

Entretanto, para exercer a ação penal há necessidade de elementos mínimos para início do processo. Os dados são produzidos através de investigação criminal. O meio mais comum é através do inquérito policial, por trabalho da polícia judiciária (art. 4º e segs., do Código de Processo Penal), mas pode ser obtido por inúmeras outras formas: encaminhamento pela vítima ou por qualquer pessoa do povo (art. 27, CPP) ou por autoridades judiciais (art. 40, CPP) ou por outros entes públicos de documentos ou outros elementos (em sindicância administrativa, devem remeter cópia ao Ministério Público, de fatos delituosos, art. 154, parágrafo único, da Lei Federal nº 8.112/90) ou produzidos pelo próprio Ministério Público, em procedimentos administrativos de sua atribuição (art. 129, VI, da Constituição Federal; art. 26, I e II, da Lei Federal nº 8.625/93, art. 7º, I, da Lei Complementar Federal nº 75/93 e art. 104, I, da Lei Complementar Estadual de São Paulo nº 734/93).

O inquérito policial é atribuição da autoridade policial, no exercício do trabalho de polícia judiciária, para apuração das infrações e sua autoria (art. 4º, *caput*, CPP), sem exclusão de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função (art. 4º, parágrafo único, CPP), mas nada impede que o Ministério Público efetue investigações em procedimento da sua competência e utilize os dados para o exercício da ação penal, sem constituir qualquer vício ou nulidade, mesmo porque dispensável pelo Ministério Público o caderno investigatório policial se presentes elementos hábeis que corroborem a denúncia criminal (art. 39, § 5º, CPP). Lembre-se mais o poder investigatório do Judiciário, nos delitos praticados por juízes (art. 33, parágrafo único, Lei Complementar Federal nº 35/79, LOMAN), do Ministério Público, por delitos de seus membros (art. 18, parágrafo único, da Lei Complem. Fed. nº 75/93 e art. 41, parágrafo único, Lei nº 8.625/93) e do Parlamento, na Comissão Parlamentar de Inquérito (art. 58, § 3º, CF).

O trabalho investigatório prévio é secundário, destinado a proporcionar informações sobre a autoria e materialidade e para permitir o oferecimento de denúncia criminal pelo Ministério Público e o seu recebimento pelo juiz criminal, para início da ação e instrução penal. A

importância das investigações preliminares para o julgamento é pequena, tendo em vista a produção unilateral, de cunho inquisitório, sem exercício integral dos princípios constitucionais e processuais do contraditório e ampla defesa, de forma que são repetidas quase todas as provas em Juízo.

Noutros tempos podia ser justificável autorizar o povo ou outras instituições públicas exercerem atribuições típicas do Ministério Público, para suprir eventual ausência do promotor de justiça, inclusive no Brasil-Colônia as suas funções na ação penal pública podiam ser exercidas por escrivães, segundo as Ordenações Filipinas, ou por qualquer do povo, no Império.⁽⁴⁾

Hoje não mais se explica nem é possível que outrem ou outra instituição substitua o Ministério Público no seu labor de movimentar a máquina judiciária na ação penal pública,⁽⁵⁾ prerrogativa constitucional privativa dentro da estrutura estatal (art. 129, I, CF), que sucumbe somente diante da vítima na ação penal privada subsidiária, esta por inércia promotorial (art. 5º, LIX, CF), tendo em vista a sua completa estruturação e presença em todas as partes do país.

As prisões preventivas e temporárias podem ser decretadas em tese pelo juiz de ofício ou por representação da autoridade policial ou por requerimento do Ministério Público (art. 311 do CPP e art. 2º da Lei nº 7.960/89). Para adaptação à norma constitucional, apenas a autoridade judiciária pode decretar tais medidas constritivas, a pedido do Ministério Público, não de ofício nem por representação policial, devendo necessária e obrigatoriamente ser analisada pelo *Parquet*.

A liderança e a importância do Ministério Público no combate preventivo e repressivo ao crime devem ser prestigiadas e aumentadas em

- (4) Nas Ordenações Filipinas, de 1603, ficou estabelecido que na ausência do promotor o tabelião ou o escrivão do feito faria o libelo e arrolaria as testemunhas (Título XV, 6), conforme Arthur Cogan ("O Ministério Público no inquérito policial", *Justitia* 74/81-89, SP, 1971). Na fase imperial, conforme previa o Código de Processo Criminal do Império, de 1832, a denúncia competia ao promotor ou a qualquer do povo (art. 74), desde que pessoa com condições para ser jurado (art. 36), incumbindo-lhe também solicitar a prisão e punição dos criminosos e promover a execução das sentenças e mandados judiciais (art. 37, § 2º). As Ordenações Afonsinas são de 1446, as Manuelinas datam de 1521 e as Filipinas de 1623 (Cogan, pág. 82).
- (5) O art. 26, do CPP, autorizava o início da ação penal por contravenção pelo auto de prisão em flagrante ou portaria, expedida pela autoridade judicial (juiz) ou policial (delegado de polícia) e também nos crimes de homicídio culposo (art. 121, § 3º) e lesões culposas (art. 129, § 6º, do Código Penal), conforme a Lei nº 4.611/65, que seguiu o rito sumário, previsto no art. 531 e seguintes do Código de Processo Penal. Tais disposições foram revogadas e são inconstitucionais atualmente, por força da privatividade do exercício da ação penal pública pelo Ministério Público (art. 129, I, Constituição Federal), excepcionado apenas pela ação privada subsidiária nos crimes de ação pública, se não intentada esta no prazo legal (art. 5º, LIX, CF).

atenção aos princípios institucionais e constitucionais relacionados à ação penal pública e à defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais, individuais indisponíveis, coletivos e difusos, sendo inconstitucional, inadequada e ilegítima democraticamente qualquer tentativa legal ou institucional de outro ente estatal assumir atribuições alheias, típicas e inerentes ao órgão acusador. O Ministério Público, força dinâmica da Justiça Criminal, deve deter o alto controle da organização repressiva e liderança na coordenação das atividades com o mesmo fim.⁽⁶⁾

Um dos caminhos adequados a trilhar é a assunção pelo Ministério Público da direção e supervisão do inquérito policial e das medidas policiais de repressão e combate à criminalidade, podendo valer-se da estrutura policial civil e militar para a investigação criminal. É o que ocorre nos sistemas legais mais modernos e avançados, sem interferência do julgador, em atenção ao modelo acusatório.⁽⁷⁾ Deve efetivamente exercer o controle externo da atividade policial (art. 129, VII, CF), em todos os assuntos ligados à ação penal e ao combate à criminalidade.

(6) Roberto Lyra, de saudosa lembrança, em 1937, já defendia tal posicionamento. A liderança na coordenação das atividades visaria superar a atuação dispersa ou passiva, em consequência da rotina burocrática e da inconsciência técnica de outros órgãos ("Teoria e prática da Promotoria Pública", 2ª ed., Porto Alegre, Fabris, 1985, pág. 128).

(7) Ada Pellegrini Grinover, depois de analisar nos países ibero-americanos o sistema misto clássico (juizado de instrução, sistema inquisitório e debate público e oral), o sistema misto com juizados de instrução contraditórios (juizados de instrução, banhados pelo contraditório, seguindo-se o debate público e oral) e o sistema acusatório sem juizado de instrução (todo público e oral, com a supressão dos juizados de instrução, substituídos por investigações preliminares destinadas exclusivamente à formação do convencimento do Ministério Público, conduzidas por este ou pela polícia judiciária), considera este (sistema acusatório sem juizado de instrução) idealmente melhor, adotado na Alemanha, em Portugal e na Itália, que vai se disseminando pela América Latina, graças ao Código Modelo. O processo é precedido por uma fase investigativa prévia, de natureza administrativa, conduzida pelo Ministério Público com a colaboração da polícia judiciária, destinada exclusivamente à formação do convencimento do Ministério Público sobre o oferecimento ou não de sua acusação ("A instrução processual penal em Ibero-América" Relatório geral apresentado às XIV Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, La Plata, Argentina, 24 a 27 de abril de 1994, e "Influência do Código de Processo Penal Modelo para Ibero-América na legislação Latino-Americana. Convergências e dissonâncias com os sistemas italiano e brasileiro", "Revista Brasileira de Ciências Criminais", nº 01, RT, SP, janeiro-março/1993, págs. 41/63). Nessa mesma linha, o promotor de justiça paulista Fauze Hassan Chouke salienta que no transcurso da etapa investigatória, um modelo acusatório mais próximo do ideal repudia a possibilidade da intromissão de outro órgão que não o legitimado ativo para a sua condução e valoração, cabendo ao titular da ação decidir o que investigará. A polícia judiciária, auxiliar direta do Ministério Público, funcionaria sob a vigilância do *Parquet*, desempenhando este o controle externo da atividade policial. A entrada em cena de um julgador nessa etapa quebraria a repartição de papéis preconizada na trilogia acusatória ("Garantias constitucionais na investigação criminal", RT, SP, 1995, pág. 53). O juiz atua num papel garantidor, em incidentes jurisdicionados dentro da investigação, nos moldes das legislações da Itália, Portugal e Alemanha e do Código Modelo (Chouke, pág. 52).

Também é inaceitável que o Executivo detenha o poder de delinear a política criminal e sua execução sem dar satisfações à sociedade e principalmente ao Ministério Público, dono da ação penal.

Totalmente absurdo e inconstitucional conferir ao juiz o poder investigatório secreto, nos crimes praticados por organizações criminosas (art. 3º, Lei nº 9.034, de 3.5.1995), norma que contraria a tendência internacional de colocação do Ministério Público na vanguarda das investigações e da colheita de elementos antecedentes à ação penal, em atenção ao sistema acusatório. O juiz não pode investigar pessoalmente, sob pena de quebra da imparcialidade e invasão de atribuição da parte. O juiz não é parte, é imparcial e inerte, devendo aguardar o pedido da parte acusatória ou da defesa. O juiz garantidor entra em campo, substitui e assume a posição do juiz instrutor, na disputa criminal preliminar. O juiz deve apreciar as ações e medidas cautelares, incidentes processuais e a ação penal principal, colhendo a prova na fase judicial e julgando o processo, sem interferir nas investigações preliminares, antecedentes à ação penal. O julgador somente deve dizer o direito quando chamado a fornecer prestação jurisdicional. Juiz não investiga, julga.

A atribuição investigatória deve ser desempenhada pelo Ministério Público, com a sua estrutura e/ou auxiliado pela polícia. A polícia deve ser colocada em posição de auxiliar do Ministério Público, devendo cumprir as suas recomendações e determinações no trabalho preventivo, investigativo e repressivo aos crimes de ação pública. A somatória de forças permitiria o completo e eficiente trabalho da promotoria no combate à criminalidade.

No cenário mundial é o Ministério Público quem detém o comando das investigações preliminares. Ele dirige ou supervisiona ou coordena as investigações criminais, com exemplos marcantes na Itália, Portugal, Alemanha e outros países com sistemas legais e processuais mais modernos e avançados.⁽⁸⁾

(8) Vide dentre mais: WALDIR ROLIM ("Supervisão da investigação criminal pelo Ministério Público no direito comparado", "Revista Forense", 302/3); PAULO PINTO CARVALHO ("Uma incursão do Ministério Público à luz do Direito Comparado: França, Itália, Alemanha, América do Norte e União Soviética" "Ministério Público, direito e sociedade". Sérgio Fabris Editor, Assoc. Min. Publ. RS e Escola Sup. MP RS, Porto Alegre, 1986); OCTÁCILIO PAULA SILVA ("Ministério Público, sugestões literárias", São Paulo, 1981, 1ª ed.). Na Itália, o Código de Processo Penal prevê que o Ministério Público dirige as investigações preliminares e dispõe diretamente da polícia judiciária (art. 327. *Direzione delle indagini preliminari*. - 1. *Il Pubblico Ministero dirige le indagini e dispone direttamente della polizia giudiziaria*) ("Codici Penale e di Procedura Penale", NICOLA CIPRIANI, Maggioli Editore/Rimini, Litografia Titanlito, Dogana/San Marino, 2ª ristampa, 1995). Na França, o Ministério Público dirige a polícia

A mudança é um novo desafio ao Ministério Público, para o completo domínio dos fatos delituosos, exigindo coragem dos seus membros e trabalho na aquisição de experiência ampla no labor investigatório.

Na esfera processual penal, o Ministério Público deve também buscar a proteção dos direitos humanos, procurando evitar abusos estatais na colheita de elementos informativos para a ação penal. O Ministério Público deve dar atenção especial aos direitos humanos, em sentido amplo, buscando o respeito aos direitos de acusados e vítimas, nas suas posições em relação ao crime, e também ao povo em geral, no respeito aos direitos difusos, coletivos e individuais indisponíveis de preservação da vida, saúde, integridade pessoal, liberdade e dignidade, dentre mais. Conveniente medidas para a maior divulgação e respeito dos direitos humanos.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o chamado Pacto de San José da Costa Rica, firmado pelo Brasil em 1969, ratificado em 1992,⁽⁹⁾ com força de lei no nosso território, por disposição constitucional,

judiciária (art. 12. *La police judiciaire est exercée sous la direction du procureur de la République, par les officiers, fonctionnaires et agents désignés au présent titre*), observando que presente o Ministério Público no local do crime é ele quem assume os trabalhos e todos o auxiliam (art. 68. *L'arrivée du procureur de la République sur les lieux dessaisit l'officier de police judiciaire. Le procureur de la République accomplit alors tous actes de police judiciaire prévus au présent chapitre. Il peut aussi prescrire à tous officiers de police judiciaire de poursuivre les opérations*), conforme "Code de Procédure Pénale", JEAN PRADEL & FRANCIS CASORLA, Dalloz, Paris, 1995, 37ª ed., e WALDIR ROLIM, pág. 5. Em Portugal, o Ministério Público dirige o inquérito (art. 53º, II, b), assistido pelos órgãos de polícia criminal, que atuam sob a direta orientação do Ministério Público e na sua dependência funcional (art. 263º, do Código de Processo Penal), podendo conferir a órgãos da polícia o encargo de procederem a quaisquer diligências e investigações relativas ao inquérito (art. 270º, CPP), conforme explica ALBERTO ESTEVES REMÉDIO ("Sobre o Inquérito e o Projecto de Código de Processo Penal", "Revista do Ministério Público", Cadernos, nº 2, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, Editorial Minerva, Lisboa, 1988, págs. 105/113). *Os artigos mencionados no projecto têm em grande maioria os mesmos números do Código aprovado pelo Decreto-Lei nº 78/87* (pág. 351, obra citada). Vide também: ANTONIO BERNARDO COLAÇO, "O Ministério Público e as Polícias no quadro do futuro Código de Processo Penal" (págs. 115/123) e ALBERTO AUGUSTO ANDRADE DE OLIVEIRA e JOÃO MANUEL DA SILVA MIGUEL ("O inquérito e instrução no projecto do Código de Processo Penal", págs. 77/103, mesma obra). Na Alemanha, o Ministério Público tem a direção e o controle da investigação criminal (PAULO PINTO DE CARVALHO, pág. 96, e, WALDIR ROLIM, pág. 10). Segundo Octacílio Paula Silva, no México, o Ministério Público dirige a polícia na investigação (art. 3º, Código de Processo Penal) e no Japão, o promotor pode investigar pessoalmente ou orientar policiais (arts. 191 e 193) (pág. 97). Na Coreia do Sul, a polícia recebe ordem verbal, escrita ou por telefone do Ministério Público. O MP é o único chefe da "enquete" e realiza todo o trabalho preparatório. Não é apenas o coordenador, mas o executante/executor. Ele é o dono da ação penal pública, persegue e instrui. Em caso de flagrante, ele coloca o acusado em detenção provisória e depois de 48 horas requer ao juiz a provisória de urgência (WALDIR ROLIM, págs. 15 e 16).

(9) O Decreto Legislativo nº 27, de 26.5.1992, aprovou o texto da Convenção. O Decreto nº 678, de 6.11.1992, determinou o seu integral cumprimento. O depósito da ratificação na Secretaria da Comissão ocorreu em 25.9.92. Informes dados por ANTONIO MAGALHÃES GOMES

tendo em vista que o nosso país se constitui em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III, CF), dentre mais, objetivando fundamentalmente a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação,⁽¹⁰⁾ conforme programa o art. 3º, I a IV, da Carta Magna. Nas relações internacionais, o Brasil deve se pautar pela prevalência dos direitos humanos, repúdio ao terrorismo e ao racismo e cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (art. 4º, II, VIII e IX, Carta Política de 1988), além de outros princípios elencados na referida norma.

As disposições constitucionais referidas harmonizam-se com as normas internacionais da Convenção, inclusive na Carta Magna há capítulos disciplinando os direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º), direitos sociais (arts. 6º a 11), da nacionalidade (arts. 12 a 13) e direitos políticos (arts. 14 a 16), de inegáveis cunhos de direitos humanos, inclusive com previsão de alargamento dos direitos e garantias advindos do regime e dos princípios adotados pela Constituição ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte (art. 5º, § 2º, Constituição Federal).

A Convenção Americana firmou o compromisso dos países signatários e que ratificassem ou aderissem de respeitarem os direitos humanos, denominados direitos civis e políticos (arts. 3º a 25) e econômicos, sociais e culturais (art. 26), a seguir elencados: 1) Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica (art. 3º); 2) Direito à vida (art. 4º); 3) Direito à integridade pessoal (art. 5º); 4) Proibição de escravidão e da servidão (art. 6º); 5) Direito à liberdade pessoal (art. 7º); 6) Garantias judiciais (art. 8º); 7) Princípio da legalidade e da irretroatividade da lei penal (art. 9º); 8) Direito à indenização em face de condenação por erro judiciário (art. 10); 9) Proteção da honra e da dignidade (art. 11); 10) Liberdade de consciência e de religião (art. 12); 11) Liberdade de pensamento e de expressão (art. 13); 12) Direito de retificação ou resposta (art. 14); 13) Direito de reunião (art. 15); 14) Liberdade de associação (art. 16); 15) Proteção da família (art. 17); 16) Direito ao nome (art. 18); 17)

FILHO, "O princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)", pág. 2.

(10) Os crimes de preconceito de raça, de cor, etnia, religião ou procedência nacional são disciplinados na Lei nº 7.716/89, com as novas redações dadas pelas Leis nºs 8.081/90, 8.882/94 e 9.459, de 13.5.1997.

Direitos da criança (art. 19); 18) Direito à nacionalidade (art. 20); 19) Direito à propriedade privada (art. 21); 20) Direito de circulação e de residência (art. 22); 21) Direitos políticos (art. 23); 22) Igualdade perante a lei (art. 24); 23) Proteção através de juizes ou tribunais contra atos que violem os seus direitos fundamentais (art. 25), e, 24) Desenvolvimento progressivo (art. 26).

Dentre os inúmeros direitos humanos referidos, cabe delinear sucintamente os relativos à liberdade e às garantias judiciais, por dizerem respeito à ação penal.

O direito à liberdade pessoal prevê que toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais (art. 7º, § 1º), assegurando que: a) ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados-Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas (§ 2º); b) ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários (§ 3º); c) toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões de sua detenção e notificada, sem demora, da acusação ou acusações formuladas contra ela (§ 4º); d) toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo (§ 5º); e) toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais (§ 6º).

Como garantias judiciais, toda pessoa tem direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigação de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (art. 8º, § 1º), especialmente a penal, com proteções especiais (§ 2º, assistência de tradutor/intérprete, se não compreender o idioma do juízo, comunicação prévia da acusação, concessão de tempo e meios adequados para a defesa, assistência de defensor de sua escolha ou proporcionado pelo Estado, direito de inquirir testemunhas/perito no tribunal, não depor contra si e recorrer da sentença para a instância superior).

O Ministério Público deve usar a sua estrutura material e pessoal para atuar prioritariamente na prevenção e repressão de crimes, controle externo das polícias civis e militares e em medidas e ações de interesses

individuais indisponíveis, coletivos, difusos e socialmente relevantes, no âmbito da ação civil pública. Conveniente ser melhor disciplinada a atuação do promotor criminal em defesa da cidadania, em relação aos seus aspectos ligados direta ou indiretamente ao crime, política criminal e de segurança pública, perfeitamente possível ser exercitada (arts. 3º, 5º, I, II, letra e, III, letra e, e VI e 6º, VII, letras a e d e VIII e XIV, letra a e XX, da Lei Complementar Federal nº 75, aplicáveis aos Ministérios Públicos da União e subsidiariamente aos Estaduais, art. 80, Lei nº 8 625/93. Também arts. 25, IV, letra a, VI e VII, e 26, VII, Lei nº 8 625).

No aprofundamento da participação do Ministério Público no domínio dos fatos criminosos, deveria ser implementada a obrigação dos organismos policiais comunicarem imediatamente ao órgão ministerial todos os delitos graves ocorridos (homicídio, seqüestro, tráfico de entorpecente, roubo, latrocínio e outros delitos considerados hediondos e de repercussão social), de autoria conhecida ou desconhecida, informando as providências preliminarmente adotadas e recebendo recomendações ministeriais, cabíveis a cada caso concreto. Inadequado que o promotor tome conhecimento dos fatos meses depois da ocorrência, quando os elementos probatórios podem ter se dissipado e pouco ou quase nada pode ser feito, para modificar a situação e recuperar o tempo perdido.

A bem da verdade, o Ministério Público pode cobrar informações sobre os fatos delituosos ocorridos a qualquer momento (arts. 8º, II, V e VIII, Lei Complementar Fed. nº 75 e 26, I e V, Lei nº 8.625), inclusive pelas normas de controle externo da atividade policial (art. 129, V, CF; art. 9º, LC nº 75 e art. 103, XIII, Lei Compl. Est. SP nº 734/93), sendo conveniente ser disciplinado pelos órgãos superiores do Ministério Público a forma e a regularidade da requisição de tais notícias. Há obrigação específica da polícia comunicar ao Ministério Público prisão em flagrante (art. 103, XIII, letra e, da Lei Comp. Est. nº 734). O Ministério Público deve cobrar informações regulares e completas sobre os fatos delituosos ocorridos, usando o seu poder de requisição e de controle externo da polícia (art. 129, CF).

O Ministério Público pode recomendar e requisitar a colheita de elementos probatórios pela polícia em qualquer momento e não somente depois de relatado o inquérito policial. Importante o retorno do poder de avocar inquéritos policiais, quando o interesse público recomendar, observando que a avocação era prevista na revogada Lei Complementar Federal nº 40, de 1981 (art. 7º, VII).

A fixação de política criminal deve ser prioridade institucional, devendo o Ministério Público ser ouvido pelo Executivo e cobrar providências e medidas efetivas para diminuir a criminalidade e proporcionar maior segurança à população (art. 6º, XVIII, letra b, Lei Comp Fed. nº 75, art. 26, VII, Lei Fed. nº 8.625, art. 104, VI, Lei Compl Estadual nº 734). Devem unir as forças para o efetivo combate à criminalidade. O Ministério Público deve empreender providências administrativas para tal atividade e se necessário utilizar o inquérito civil público e a ação civil pública, trabalhos a serem desempenhados pela promotoria criminal, a ser prestigiada dentro da estrutura da instituição.

A sociedade não aceita mais o promotor de justiça de gabinete, desconhecedor dos fatos e crimes que ocorrem na sociedade, exigindo um agente público ativo, solerte e ágil no desempenho do seu trabalho, inclusive para prevenir a ocorrência de fatos semelhantes.⁽¹¹⁾

Indispensável que o Ministério Público seja consultado e procure contatar com o Legislativo, para participar ativamente das discussões de modificações legislativas de normas penais, processuais penais e de interesse difuso, coletivo e de relevância social, em consonância com o papel constitucional do Ministério Público em tais áreas. Tem legitimidade para tal atividade (art. 6º, XVIII, letra b, Lei Comp Fed. nº 75, art. 26, VII, Lei Fed. nº 8.625, art. 104, VI, Lei Compl Estadual nº 734). O legislador consciente e preocupado com a boa realização do seu trabalho legislante não pode prescindir de tal ajuda e apoio, ao contrário, deve estimular e aceitar as ponderações e sugestões ministeriais.

Finalmente, a legitimidade também poderia ser explorada e analisada em relação à possibilidade do próprio Ministério Público decretar prisão temporária, nos moldes do *fermo* do direito italiano, da *garde à vue* francesa e a *vorläufige Festnahme* alemã,⁽¹²⁾ mas no Brasil dependeria de

(11) Em julho de 1996, cidadãos (Claudia N. de Oliveira e outros) da Vila Prudente representaram à Promotoria de Justiça Criminal do Foro Regional da Vila Prudente, para providências com relação aos elevados números de crimes nas imediações da Favela da Vila Prudente (Protoc PJCCRIMVP nº 01/96). A Promotoria (sou um dos integrantes) contactou as polícias civil e militar, obtendo dados das ocorrências. Estimulada pelo interesse do Ministério Público, a polícia militar programou e realizou uma reunião pública no Conseg, da Mooca, para expor o seu trabalho e as dificuldades operacionais, com a presença deste promotor de justiça. Também intensificou os trabalhos no local crítico e os delitos teriam diminuído, segundo informado pelo comandante da área, em documentos oficiais. A experiência foi proveitosa e surtiu bons resultados, demonstrando o comandante da área interesse pela aproximação e respondendo positivamente ao trabalho ministerial.

(12) Hélio Tornaghi noticia o direito do Ministério Público decretar a prisão cautelar na Itália, França e Alemanha. Também é possível nos EUA e Inglaterra, inclusive a polícia ("Curso de

modificação constitucional, tendo em vista o preceito constitucional permitindo apenas a prisão em flagrante ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (art. 5º, LXI, CF). Também sobre a quebra do sigilo bancário pelo Ministério Público, interceptação telefônica e outras medidas, similarmente a sistemas legais estrangeiros, que são mencionados para estímulo e reservados para estudos futuros.

C) Conclusões

Tendo em vista tais argumentos, concluo:

1) O Ministério Público é o único órgão público legitimado constitucionalmente ao exercício da ação penal pública, apenas excepcionado pela vítima na ação privada subsidiária, em caso de inércia na função de iniciar o processo no prazo legal (arts. 129, I, e 5º, LIX, da Constituição Federal).

2) São inconstitucionais as normas processuais penais que facultam ao juiz a investigação secreta em delitos praticados por organizações criminosas (art. 3º da Lei nº 9.034/95).

3) São incorretas e inadequadas, atingindo as raízes da inconstitucionalidade, as normas que possibilitam à autoridade policial pleitear prisões preventivas (art. 311, CPP), prisões temporárias (art. 3º, Lei nº 7.960/89) e medidas cautelares sem passar pela análise e pedido do Ministério Público, devendo ser remodeladas juridicamente as situações e hipóteses de sua intervenção processual e extraprocessual.

4) O Ministério Público deve usar a sua estrutura material e pessoal para atuar prioritariamente na prevenção e repressão de crimes, por meio da ação penal pública, controle externo das polícias civis e militares e em medidas e ações de interesses individuais indisponíveis, coletivos, difusos e socialmente relevantes, no âmbito da ação civil pública.

5) O Ministério Público deve procurar ser inserido e consultado pelo Executivo na fixação da política criminal e de segurança pública, devendo buscar maior participação nessa importante área, que diz respeito diretamente à instituição, encarregada constitucionalmente do exercício da ação penal, com evidente legitimidade e direito de interferir nessa área estatal, por meio de gestões administrativas e recomendações mútuas ou

Processo Penal", Saraiva, 7ª ed., 1990, vol. 2, págs. 80/81). O *fermo* é decretado por perigo de fuga pelo Ministério Público (art. 384, 1º, CPPI de 1988, Cipriani), inclusive pela polícia (2 e 3, do mesmo artigo). A *garde à vue* é por 24 horas, tanto pela polícia como pelo Ministério Público, prorrogável por igual tempo (arts. 63 e 77, do Código de Processo Penal francês, conforme PRADEL & CASORLA, obra citada, págs. 118/128 e 134/136, e WALDIR ROLIM, pág. 6).

por intermédio de inquérito civil ou ação civil pública. É socialmente inaceitável a continuidade do distanciamento e trabalho isolado ou separado, determinantes de resultados insatisfatórios.

6) Também deve contatar o Legislativo, para participar ativamente das discussões de modificações legislativas de normas penais, processuais penais e de interesse difuso, coletivo e de relevância social, em consonância com o papel constitucional do Ministério Público em tais áreas.

7) O Ministério Público deve dar atenção especial aos direitos humanos, buscando a sua divulgação e respeito.

8) O Ministério Público deve assumir o alto controle da organização repressiva e a liderança na coordenação das atividades, consistente na direção e coordenação das investigações criminais, controle de todo o trabalho investigatório preliminar e interferência na fixação de política criminal, de segurança pública e de combate à criminalidade. As polícias civis e militares devem auxiliar o Ministério Público no trabalho de prevenir, investigar, reprimir e combater o crime, recebendo e cumprindo orientações e determinações para permitir o completo e eficiente trabalho da promotoria. Deveria ser disciplinado o direito de avocar inquéritos policiais, quando o interesse público recomendar.

9) A polícia deve comunicar ao Ministério Público a ocorrência de crimes graves, hediondos e de repercussão social, informando as medidas prévias adotadas, trocando idéias sobre o que deve ser feito e recebendo recomendações ministeriais sobre o rumo das investigações policiais, além da prisões em flagrante (art. 103, XIII, letra e, da Lei Compl. Est. de São Paulo nº 734). O Ministério Público deve cobrar informações regulares e completas sobre os fatos delituosos ocorridos, usando o seu poder de requisição e de controle externo da polícia.

10) Os órgãos superiores do Ministério Público devem disciplinar administrativamente a efetiva atuação do promotor criminal na defesa da cidadania, em relação aos seus aspectos ligados direta ou indiretamente ao crime, sua prevenção, política criminal e de segurança pública, para permitir uma participação e interferência decisiva na área, administrativa ou judicialmente, por meio de cooperação com o Executivo ou inquérito civil ou ação civil pública, dependendo do que for necessário ao caso concreto, dando início às modificações de normas administrativas e legislativas necessárias.